

## L'affidamento diretto tra pubblicità e trasparenza. Spunti applicativi

di Nicola Andriulli

Data di pubblicazione: 10-4-2017

Il d.lgs. n.50/2016 recante il nuovo Codice degli Appalti, con l'art.36 c.2 lett.a), riconosce alle Stazioni Appaltanti la facoltà di ricorrere, nei limiti di € 40.000, all'affidamento diretto per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture .

La disposizione, invero scarna a riguardo, nulla dice in ordine alla disciplina da osservare, limitandosi a richiedere da un lato, il rispetto dei principi di cui all'art.30 e del "*principio di rotazione*" ; dall'altro, la garanzia della "*effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese*".

Difettando una previsione normativa che nei regolamenti dettagliatamente le fasi, sono intervenute, in un secondo momento, le Linee Guida n.4 dell'ANAC.

Torna utile sottolineare come, in materia, il Consiglio di Stato - Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016 si sia pronunciato nei seguenti termini: "*Le linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici "sotto-soglia" possono essere annoverate tra le linee guida dell'ANAC non vincolanti, le quali, come il Consiglio ha già avuto modo di precisare, sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo e perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti*".

### **Il principio di imparzialità e i duoi corollari: i principi di pubblicità e di trasparenza.**

Il principio in parola affonda le radici principalmente nell'art.97 Cost. **(1)** che, sebbene faccia riferimento all'organizzazione dei pubblici uffici, si ritiene ormai pacificamente applicabile a tutta l'azione amministrativa.

La lettura combinata con altre disposizioni di pari rango **(2)** consente di scorgerne, almeno in linea generale, una duplice connotazione.

Infatti, accanto all'obbligo per l'amministrazione di collocarsi in una posizione di equidistanza rispetto agli interessi (siano essi pubblici o privati) con i quali viene in contatto nel perseguimento di quello pubblico, si staglia l'obbligo della parità di trattamento e della non discriminazione degli operatori economici.

In particolare, l'imparzialità si esprime con la puntuale scansione procedimentale dell'azione amministrativa e con la predeterminazione delle coordinate che la devono orientare.

In disparte le varie articolazioni del principio di che trattasi, in questa sede rilevano la pubblicità e la trasparenza che, nonostante la comune matrice, operando in direzioni opposte, presentano differenti contenuti.

Il legislatore dà concretezza a tali assunti con l'art.1 l.n.241/1990 e con il c.1 lettera d) dell'art. 2 d.lgs. n.165/2001. **(3)**

Ciò posto, la trasparenza si presenta come funzionale alla conoscenza del processo decisionale alla base del provvedimento amministrativo, consentendo, pertanto, di verificare dall'esterno la sua legittimità e la sua opportunità.

A riguardo, attenta dottrina ha sottolineato che la trasparenza interviene successivamente all'azione amministrativa (*in questi termini, Scoca in I principi dell'evidenza pubblica , in Franchini , I contratti di appalto pubblico, Torino, 2010, 323*).

Tale direzione seguono le previsioni normative concernenti l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, l'esercizio del diritto di accesso e l'art.1 c.15 l.n.190/2012 che testualmente recita “ *Ai fini della presente legge, la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, secondo quanto previsto all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009,n.150, e' assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali*”.

Il principio di pubblicità, invece, si pone come strumento attraverso il quale il soggetto pubblico dà contezza all'esterno del proprio operato.

Esso innerva tutta la procedura dell'evidenza pubblica “*dalla fase preliminare all'indizione della gara, atteso l'obbligo di pubblicazione del bando, fino al termine della gara, come obbligo di comunicarne l'esito a tutti i partecipanti entro un termine ragionevole*”. (R. Garofoli – G.Ferrari, in *Manuale di Diritto Amministrativo, 2016-2017, 1322*).

A differenza della trasparenza, la pubblicità si muove, quindi, contemporaneamente all'azione amministrativa.

In questa prospettiva, si collocano gli obblighi di cui all'art.70 (Avvisi di pre-informazione) e all'art.98 (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati), nonché alcuni momenti dello svolgimento delle operazioni di gara.

### **Spunti applicativi.**

Richiamata la natura non vincolante delle Linee guida, le stesse offrono importanti spunti di riflessione quando richiedono, per adempiere agli obblighi motivazionali, la verifica del rapporto qualità – prezzo della prestazione per valutarne la convenienza ovvero “la

*rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la Stazione Appaltante deve soddisfare".*

Sono indicati, altresì, ai fini della formazione del convincimento di quest'ultima, altri fattori, come le proposte migliorative nonché il confronto comparativo tra più preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

Ciò posto, è agevole notare come gli elementi rilevanti per l'individuazione del contraente rievochino la valutazione che la Commissione di gara pone in essere nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

*Segnatamente, l'art.95 Cod.Appalti recita "...le stazioni appaltanti... procedono all'aggiudicazione degli appalti... sulla base del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualita'/prezzo..".*

A tal proposito, giova rammentare come l'art.77 Cod.Appalti disponga che *"Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualita'/prezzo la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico e' affidata ad una commissione giudicatrice..."*.

Dalla lettura delle due disposizioni unitamente al confronto con le prescrizioni delle Linee guida è possibile trarre alcune conclusioni.

Sulla scorta della sostanziale omogeneità tra gli elementi suscettibili di valutazione nel caso di gara da celebrarsi con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa e quelli richiesti ai fini dell'affidamento diretto, ferma restando la competenza del RUP per i profili più spiccatamente amministrativi, si potrebbe ritenere opportuna, attraverso un'applicazione analogica dell'art.77 Cod.Appalti, la costituzione di una Commissione di valutazione dei preventivi, presentando questi sia l'aspetto tecnico sia quello economico del servizio, del bene da acquisire o dei lavori da eseguire.

Inoltre, premesso che il principio di trasparenza, come innanzi rimarcato, prevede la redazione della motivazione quale strumento per conoscere (ed eventualmente vagliare) il percorso logico-giuridico tracciato per la scelta del contraente, lo svolgimento della procedura in parola, ove subentrino elementi eventuali come le prestazioni accessorie o migliorative, difettando l'assegnazione di punteggi, potrebbe comportare uno sforzo motivazionale di maggiore pregnanza.

Una più approfondita riflessione porta, altresì, ad evidenziare una tendenziale convergenza del preventivo verso l'offerta (presentata in sede di gara).

Invero, il divieto di commistione tra i due profili dell'offerta (*ex pluribus AVCP - Parere n. 171/2013*) non può non emergere anche nella valutazione comparativa dei preventivi ove si ponga mente alla circostanza che il giudizio di convenienza ha come oggetto il rapporto qualità-prezzo, al pari di quanto avviene per la valutazione nell'aggiudicazione con il criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Da segnalare come Consiglio di Stato Se. IV n. 825/2016 abbia affermato “... , come più volte osservato dalla giurisprudenza ( Cons. Stato Sez. V 11/5/2012 , idem 21/3/2011 n.1734; 23/1/2007 n. 196; 11/5/2006 n. 2612; 31/12/1998 n. 1996; n. 3962/2001 ) nei casi in cui la procedura di gara ( come nel caso dell'aggiudicazione dell'appalto con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ) sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica , il principio della segretezza comporta che , fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche , le offerte economiche devono restare segrete , dovendo essere interdette al seggio di gara la conoscenza degli elementi economici e , in particolare, delle percentuali di ribasso , proprio per evitare ogni influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica. Il principio di segretezza dell'offerta economica è presidio dell'attuazione della regola costituzionale della imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie della trasparenza e della par condicio , garantendosi così la libera valutazione dell'offerta tecnica .

*Viene quindi in rilievo, nell'ambito della problematica giuridica qui sollevata, in primis la tutela del principio di segretezza che non può non essere integrale nel senso cioè che occorre evitare che esso sia esposto a rischio di lesione.*

*Così la sola possibilità di conoscere gli elementi attinenti l'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica sì da poterne sortire un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una delle offerte complessivamente considerate ( Cons. Stato Sez. V 2/10/2009 n. 6007 ) e tale possibilità, anche solo eventuale, va ad inficiare la regolarità della procedura ( cfr Cons. Stato Sez. V 25/5/2009 n. 3217)*

*Si tratta dell'applicazione di principi generali rispetto ai quali non era necessaria peraltro una specifica previsione del bando di gara , impingendo la questione su parametri anche costituzionali di immediata applicazione ( cfr Cons. Stato Sez. V 8/9/2010 n. 6509 )”.*

Il succitato divieto, pertanto, darebbe conto e ragione di un preventivo che rechi un documento tecnico ed uno economico da inserire in differenti buste sigillate, contenute in un unico plico e delle rispettive valutazioni effettuate in momenti diversi.

Un'altra questione da affrontare, di conseguenza, è l'opportunità della celebrazione delle sedute pubbliche.

A riguardo, numerosi arresti del Consiglio di Stato ( *ex pluribus Consiglio di Stato , sez.V n.4806/2011; Consiglio di Stato , sez.IV n.2426/2007*) hanno affermato che la violazione del principio *de quo* comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti gara e dell'aggiudicazione.

Con maggiore impegno esplicativo, i principi cardini di pubblicità e trasparenza, che devono in ogni caso informare la procedura dell'affidamento diretto, lascerebbero inferire l'estensione analogica della disciplina delle sedute di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla luce delle riflessioni appena svolte, i principi esaminati, provvedendo al compito di ovviare, sul versante prettamente applicativo, alla mancanza di una specifica disciplina, paiono ridurre sensibilmente la distanza tra la procedura di gara così come sopra connotata e quella dell'affidamento diretto.

## Note

**(1)** Art.97c.2 Cost.: *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

**(2)** Ad es. l'art.98 Cost. *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.*

**(3)** Art. 1 l.n.241/1990: *L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.*

Art. 2 c.1 let. d) d.lgs. n. 165/2001 *Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri: ...d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso.*